

University of Groningen

Jaarrekeningvoorschriften en rechtsbescherming

Willems, Jan

Published in:
Vereniging voor Jaarrekeningenrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Willems, J. (2015). Jaarrekeningvoorschriften en rechtsbescherming. In *Vereniging voor Jaarrekeningenrecht : Bundel 2014/2015* (blz. 69-81). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

JAARREKENINGVOORSCHRIFTEN EN RECHTSBESCHERMING

Huub Willems*

Inleiding

1. "*Koersen door de wet op het financieel toezicht*", is de titel van het standaardwerk van prof. mr. Christel Grundmann-Van de Krol over het effectenrecht en financieel recht. Bij mij is die titel altijd in het hoofd blijven hangen als koersen in de mist van het financiële toezichtrecht. En koersen in de mist is zeer onaangenaam, vooral in de wereld waar het woord koers vandaan komt, de wereld van de vaart op zee. Mij is het ooit overkomen dat ik midden op de Noordzee in de *shipping lane* werd overvallen door dikke mist. Het is een van de meest traumatische gebeurtenissen in mijn leven geweest. Alsof je met je ogen dicht de autosnelweg oversteekt. Datzelfde gevoel heb ik, zij het in sterk afgezwakte mate, nu ik hierna een enkele beschouwing wijd aan handhaving en rechtsbescherming in het jaarrekeningenrecht. Rondom die thema's is het namelijk al geruime tijd mistig voor de geïnteresseerde, maar niet aan de handhaving deelnemende buitenstaander, ook al kan hem kennis van het jaarrekeningenrecht niet worden ontzegd. Ik licht dat toe. Wat ik over het voetlicht heb te brengen is overigens niet nieuw¹.

De aard van het jaarrekeningsrecht

2. In deze horizontalistische tijd is historisch besef vrijwel afwezig. De Ondernemingskamer is uitgegroeid tot een belangrijk instituut in de Nederlandse ondernemingsrechtelijke rechtspleging en als zodanig bekend, zelfs tot over de grenzen. Maar als de vraag gesteld zou worden waar zij haar oorsprong vindt, heb ik niet zonder meer het vertrouwen dat het goede antwoord wordt gehoord.

3. Welnu, de Ondernemingskamer dankt haar bestaan in de kern aan de Nederlandse opvatting over het rechtskarakter van het jaarrekeningenrecht. Zij is niet in het leven groepen door, zoals voor de hand zou liggen, een wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, en evenmin in verband met de invoering van het enquêterecht. Zij is tot leven geroepen door een enkel artikel, artikel 41, van de Wet op de jaarrekening van ondernemingen van 1970². Het is ook om die reden dat de Ondernemingskamer is samengesteld zoals zij is samengesteld. Behalve beroepsrechters maken ook lekenrechters, zogenaamde Raden, deel uit van de Ondernemingskamer, en aanvankelijk werd vooral gedacht aan vooraanstaande registeraccountants, juist omdat de Ondernemingskamer het

* Prof. mr. J.H.M. Willems is hoogleraar Corporate Litigation in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen, voormalig voorzitter van de Ondernemingskamer en voormalig voorzitter van de Raad van Tucht voor Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten te Amsterdam. Dit artikel is een bewerking van de voordracht voor het symposium "Jaarrekening en Recht" van de Vereniging voor Jaarrekeningenrecht, Amsterdam 10 oktober 2014.

¹ Deze bijdrage is - dan ook - deels ontleend aan eerdere publicaties: J.H.M. Willems, De rol van de Ondernemingskamer, Tijdschrift voor jaarrekeningenrecht, jaargang 2, aflevering 5, november 2007, Den Hollander Uitgeverij, p. 110-114, en Ongehoed jaarrekeningenrecht, bijdrage in "De Grenzen Opzoekend", *liber amicorum*, aangeboden aan prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg op 14 september 2012, p. 125-133, Tilburg University 2012.

² Art. 41 Wet op de jaarrekening van ondernemingen, Stb. 1970, 414.

jaarrekeningenrecht onder haar hoede kreeg. Ik heb dat ooit aldus verwoord dat de Ondernemingskamer een soort bijproduct is van het in 1970 ingevoerde nieuwe jaarrekeningenrecht. De eerste voorzitter van de Ondernemingskamer, mr. W.L. Schenk, bracht dat nog eens onder de aandacht in een voordracht tijdens een bijeenkomst voor de Vereniging voor Belastingrecht op 9 december 1972 te Bunnik onder leiding van de befaamde fiscalist professor Hofstra. Hij liet weten - ik citeer - "*dat het niet te verwonderen is geweest, dat toen bij het Amsterdamse Hof de vraag rees, wie deze nieuwe 'klus' op zich zou nemen, de gedachten vooral uitgingen naar de leden van een van de belastingkamers, omdat op dit terrein (...) vooral boekhoudkundige vragen kunnen rijzen. Zoals bekend griezelen de meeste juristen pur sang al van de begrippen debet en credit*". De gedachte dat de samenstelling van de Ondernemingskamer vooral het jaarrekeningenrecht als achtergrond heeft, is nog springlevend. Wellicht is bekend dat Curaçao, sinds 10 oktober 2010, en op de dag van het symposium waar deze bijdrage de resultante van is dus precies vier jaar, een zelfstandig land is binnen het Koninkrijk der Nederlanden. Curaçao kent sinds 1 januari 2012 ook een Ondernemingskamer, maar zonder Raden. Aangezien ik dat vreemd vond heb ik de bedenker en de materiele wetgever, Peter van Schilfgaarde, eens de vraag gesteld waarom dat zo was, en daarop kwam het antwoord dat Curaçao geen jaarrekeningprocedure kent. Het jaarrekeningenrecht is dus de *raison d'être* van de Ondernemingskamer en van haar bijzondere samenstelling.

4. Ik onderstreep dus nog eens dat, anders dan in menig ander land en met name anders dan in de Verenigde Staten van Amerika, in Nederland jaarrekeningenrecht, zowel wat betreft de regels van materieelrechtelijke aard, regels dus die voorschrijven waaraan financiële verslaggeving moet voldoen, als de regels van formeelrechtelijke aard, regels dus die kunnen bewerkstelligen dat de verslaggeving aan die materieelrechtelijke regels voldoet, privaatrecht is, en dus niet bestuursrecht. En daaruit volgt dat de uiteindelijke beslissing over de inhoud en uitleg van verslaggevingsvoorschriften in handen ligt van de civiele, al of niet gespecialiseerde rechter.

5. Bij het jaarrekeningrecht gaat het dus om de vraag naar de wijze waarop die civiele rechter met het vraagstuk van uitleg en rechtsvinding in het licht van wat een jaarrekening beoogt omgaat. Ik klap niet uit de raadkamer als ik opper dat onder juristen, en dus ook onder rechters, *grosso modo* twee groepen zijn te onderkennen, degenen die er een meer formele wijze van denken op nahouden en zij die zich iets meer ruimte gunnen ten opzichte van de wet en andere regelgeving. Kortom, rechters zijn dus net accountants. Het is de oude tegenstelling tussen de rekkelijken en de preciezen of, minder naar de persoon en meer naar de materie geformuleerd, de tegenstelling tussen meer heteronome en meer autonome rechtsvinding. Aldus is het ook een vraagstuk van "*substance*" of "*form*" en welk van de twee de overhand heeft, een vraagstuk dat in het recht overal is aan te treffen en op het terrein van het jaarrekeningrecht dus geen vraagstuk van eigen orde is.

6. Aldus geformuleerd is jaarrekeningrecht ook, als puntje bij paaltje komt, het monopolie van het recht. De accountancy bijvoorbeeld is in dat perspectief alleen maar een hulpwetenschap, principieel

niet van een andere soort dan de psychologie of de psychiatrie voor de strafrechter die moet beslissen of een verdachte al of niet toerekeningsvatbaar is. De rechter is de enige die daarover gaat, de psycholoog of psychiater kan hem ten hoogste behulpzaam zijn bij het nemen van zijn beslissing. Maar het verschijnsel dat Raden deelnemen aan de rechtspraak van de Ondernemingskamer, niet als deskundige in de gebruikelijke processuele zin van het woord dus³, maar als rechter, en wel als rechter die, anders dan de beroepsrechters, ook nog deskundig is wat de materie betreft⁴, heeft tot gevolg dat wat het recht hulpwetenschap noemt, van grote invloed is op de inhoud van het recht.

De jaarrekeningprocedure

7. Geschillen over de uitleg en toepassing van de jaarrekeningvoorschriften kunnen overigens aan de rechter worden voorgelegd in allerlei procedures⁵. Dat zijn er vele. Te denken valt bijvoorbeeld aan de strafrechter, die zoals in de Ahold-zaak⁶ het geval was, voor de vraag kan komen staan of een jaarrekening zodanig onjuist is dat zij valsheid in geschrift oplevert. Of aan de tuchtrechter, wiens oordeel dat de accountant met het geven van een goedkeurende verklaring blijkt heeft gegeven van professioneel tekortschieten, per definitie inhoudt het oordeel dat de jaarrekening niet aan de wettelijke eisen voldoet. Of aan de familierechter die de alimentatie na echtscheiding vaststelt en daarbij de inhoud van de jaarrekening in de beschouwing betreft. Of aan de Ondernemingskamer die bij uitkoop van aandelen de prijs van de over te dragen aandelen vaststelt⁷ met inachtneming van hetgeen de jaarrekening van de betrokken vennootschap daarover aan informatie verschaft.

8. Maar of een jaarrekening aan de wettelijke eisen voldoet kan alleen definitief en met gezag worden vastgesteld door de Ondernemingskamer in de eigenlijk gezegde jaarrekeningprocedure. Wie gebruik maakt van Kluwer's Wetgevingseditie voor de rechtspraak, wordt nog steeds op het verkeerde been gezet. In deel 2 van die Editie, waarin het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is opgenomen, is onder de kop "*Elfde Titel*" "*artikelen 999 - 1002*" het woord "*vervallen*" aan te treffen. Dat is niet alleen onhandig maar vooral ook onjuist. De in die Titel genoemde artikelen zijn weliswaar niet meer springlevend, want het einde van hun dagen is nabij, maar de daarin neergelegde regels van rechtspleging inzake jaarrekeningen en jaarverslagen, gelden nog steeds, zij het slechts voor jaarrekeningen over de boekjaren 2005 en eerder. En de gedachte dat procedures met inachtneming van die artikelen na ultimo 2005 plus 13 maanden plus twee maanden, dus na 31 maart 2007, niet

³ Zoals bedoeld in art. 194 lid 1 Rv. Zie over de rol van de deskundige in het civiele proces H.B. Krans en A.H. Santing-Wubs, *Deskundigen in civiele zaken: opties tot vernieuwing*, WPNR 6935 (2012), p. 463-469.

⁴ Art. 2 aanhef en onder b juncto art. 66 lid 2 Wet RO.

⁵ Zie daarover nader J.H.M. Willems, *Jaarrekeningrecht in wijder processueel perspectief*, NJ-Polak-lezing 1998, fMA Kroniek 1998, p. 3-24, Kluwer.

⁶ Rechtbank Amsterdam 22 mei 2006, JOR 2006, 178, nt. P.M. van der Zanden, en Hof Amsterdam 28 januari 2009, NbSr 2009, 101, 102, 103 en 104.

⁷ Zie daarover nader J.H.M. Willems, *Veranderde tijden, veranderde prijzen: doe een bod!, bijdrage in "Toezicht op inzicht", liber amicorum*, aangeboden aan prof. dr. M.A. van Hoepen RA bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op 14 januari 2011, Erasmus School of Economics / Erasmus School of Accounting & Assurance, p. 237-248, ook opgenomen in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 110, p. 265-276, Kluwer Deventer 2011.

meer kunnen worden begonnen is, zoals ik hierna zal vermelden, nog steeds onjuist. Met name als het gaat om jaarrekeningen van besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid worden de wettelijke termijnen voor de vaststelling en de deponering van de jaarrekening regelmatig en soms fors overtreden.

9. Anders dan veelal wordt gesuggereerd heeft de Wet toezicht financiële verslaggeving⁸ dogmatisch geen fundamentele wijziging gebracht in het stelsel van beoordeling van de jaarrekening. Maar wel is sprake geweest van een belangrijke procedurele wijziging. De jaarrekeningprocedure is veranderd van een gefragmenteerd proces over een lange periode in een geconcentreerd proces binnen betrekkelijk korte termijn, met name door haar een verzoekschriftprocedure te doen zijn⁹. De wetgever heeft verder ook nog bepaald dat verzoeken tot wijziging en correctie van de jaarrekening door de Ondernemingskamer met de meeste spoed moeten worden behandeld¹⁰.

10. De genoemde Wet heeft wel een uitbreiding van de toepasselijke regels met betrekking tot financiële verslaggeving tot gevolg gehad. Dit betreft de invoering van de International Financial Reporting Standards als regime van materieel jaarrekeningrecht, verplicht voor de geconsolideerde jaarrekening van beursgenoteerde vennootschappen en toegestaan voor andere jaarrekeningen¹¹, maar vooral ook de uitbreiding van de groep bevoegde verzoekers, namelijk met de AFM als het om een beursgenoteerde vennootschap gaat, en de uitbreiding van mogelijke verzoeken, en wel door de introductie van een mogelijk verzoek door de AFM aan de Ondernemingskamer een in Nederland gevestigde beursgenoteerde vennootschap te bevelen aan de AFM een toelichting op de verslaggeving te geven als die vennootschap niet voldoet aan een daartoe strekkend verzoek van de AFM, en van een mogelijk verzoek door de AFM een beursgenoteerde vennootschap naar het recht van een andere Staat te bevelen een openbare mededeling te doen¹².

11. Intussen heeft de Ondernemingskamer ook een protocol ontwikkeld om spoedige afdoening te bewerkstelligen. Na ontvangst van een verzoekschrift wordt aan partijen en de accountant die met het onderzoek van de jaarrekening is belast een brief geschreven waarin met grote gestrengheid wordt uiteengezet dat de regie strak wordt gehouden en dat verzoeken om uitstel of verplaatsing van de terechtzitting onderscheidenlijk van verlenging van de in die brief genoemde korte termijnen, niet in behandeling kunnen worden genomen. En zo heeft de procedure betreffende de jaarrekening van Spyker Cars¹³ bij de Ondernemingskamer vanaf binnenkomst van het verzoek tot en met de uitspraak nog geen vier maanden geduurd.

⁸ Wet van 28 september 2006, houdende regels inzake het toezicht op en de handhaving van voorschriften voor financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen alsmede tot wijziging van enige wetten, Stb. 2006, 569.

⁹ Art. 2:447 BW.

¹⁰ Art. 2:450 lid 1 BW.

¹¹ Onderscheidenlijk Verordening (EU) 1606/2002 en art. 2:362 lid 8 BW.

¹² Onderscheidenlijk art. 2:448 lid 2, art. 2:452 lid 1 en art. 2:454 lid 1 BW.

¹³ Ondernemingskamer 20 december 2007, ARO 2008, 15, JOR 2008, 38, nt. P.M. van der Zanden. Zie voor de beslissing in cassatie Hoge Raad 24 april 2009, ARO 2009, 74, RvdW 2009, 578, NJ 2009, 188, nt. P.N. Ploeger, Ondernemingsrecht 2009-10/11, 108, nt. A.N. Krol (Spyker Cars N.V.).

12. Desondanks is het aantal bij de Ondernemingskamer aanhangige jaarrekeningprocedures na een eerdere dip gedurende enige jaren, en na vervolgens weer enigszins in de lift te zijn gekomen, inmiddels op een absoluut dieptepunt geraakt¹⁴. In de jaren 2002 tot en met 2008 zijn in totaal 24 jaarrekeningen aan beoordeling onderworpen, waarvan in de periode 2002 tot en met 2004 vier, alle aanhangig gemaakt door Stichting Sobi, inzake beursvennootschappen waarin min of meer principiële vraagstukken van verslaglegging aan de orde waren. Daarna heeft het tot einde 2007 geduurd voordat weer een zaak betreffende een beursvennootschap werd aangebracht en wel de al genoemde¹⁵ en door de AFM aanhangig gemaakte procedure betreffende de jaarrekening van Spyker Cars over het jaar 2006. Daar is het wat de AFM betreft tot nu toe bij gebleven. Een verzoek aan de Ondernemingskamer een vennootschap te verplichten een toelichting op de verslaggeving te geven als de vennootschap niet voldoet aan een daartoe strekkend verzoek van de AFM, heeft de AFM sinds haar aantreden op dit terrein nog nimmer gedaan.

13. In 2009 is slechts een zaak aanhangig gemaakt¹⁶. Behalve één die buiten de termijn binnenkwam en dus leidde tot een niet-ontvankelijkverklaring, zijn in 2010 en 2011 geen zaken meer aanhangig gemaakt. In 2012 is één zaak aanhangig gemaakt¹⁷. In 2013 is eveneens slechts één zaak aanhangig gemaakt die in 2014 is afgehandeld. Die betrof de op 29 april 2013 gedeponeerde jaarrekening van een B.V.-tje over, nota bene, 2001, en werd gevoerd op de voet van de volgens Kluwer vervallen oude bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering¹⁸. Tot enige inhoudelijke beslissing heeft deze zaak niet geleid.

14. In 2014 zijn warempel twee zaken aanhangig gemaakt, waarvan een het tot een - het verzoek afwijzende - einduitspraak heeft gebracht, overigens van weinig importantie voor de uitleg van voorschriften uit het jaarrekeningenrecht¹⁹. In de andere zaak is bij tussenbeschikking verzoekster jegens één vennootschap niet ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding en is de andere vennootschap bevolen de jaarrekening waarover het dispuut gaat in het geding te brengen. Ook hier laat het zich niet aanzien dat te gelegener tijd schokkende beslissingen gaan vallen²⁰.

¹⁴ Zie voor een vrijwel volledig overzicht van de jaarrekeningprocedures sinds het ontstaan van de Ondernemingskamer tot aan de datum van zijn oratie M.A. van Hoepen, Veertig jaar rechtspraak inzake de jaarrekening, afscheidsrede als hoogleraar bedrijfshuishoudkunde en accountancy, Erasmus Universiteit Rotterdam 14 januari 2011, Erasmus School of Economics. Ook hij signaleert de schrale oogst van de afgelopen jaren.

¹⁵ Noot 13 supra.

¹⁶ Die het bovendien tot een - afwijzende - einduitspraak heeft gebracht: Ondernemingskamer 14 september 2009, ARO 2009, 147 (Currency Connect B.V.; Currency Connect Holding B.V., Synergie Beheer B.V.).

¹⁷ Die het ook tot een einduitspraak heeft gebracht: Ondernemingskamer 18 april 2012, ARO 2012, 61 (Ruitenberg Ingredients B.V.). Dat de invoering van de verzoekschriftprocedure tot aanmerkelijke versnelling heeft geleid, lijkt daarmee wel aangetoond.

¹⁸ Ondernemingskamer 5 maart 2014, ARO 2014, 83 (Conew B.V.).

¹⁹ Ondernemingskamer 16 juli 2014, ARO 2014, 197 (VRC Investments B.V.; Marpol Services B.V.; Transoil B.V.). Overigens betrof deze zaak, zoals zo vaak, in wezen ook geen jaarrekeningendispuut maar een civielrechtelijk geschil over de waarde van aandelen; het was verzoekster te doen om een goede prijs voor de aandelen die zij ingevolge een gemaakte afspraak diende over te dragen voor een door een deskundige te bepalen prijs. Zie over deze "oneigenlijke" jaarrekeningprocedures nader J.H.M. Willems, Vorm en inhoud: over belang en belanghebbende bij de jaarrekening, opstel voor het Liber Amicorum voor prof. dr. Jan Klaassen RA, Tussen de Regels, pagina's 205 - 226, Stenfert Kroese Groningen 2004.

²⁰ Ondernemingskamer 3 juli 2014, ARO 2014, 163 (Butt Holding B.V.; Brink Pluimveeproducten B.V.).

15. Het lijkt dus nog steeds waar wat Beckman alweer lang geleden in zijn aflevering van de N.J. Polak-lezing opmerkte²¹:

Degene die twijfelt of de jaarrekening past binnen het wettelijk raamwerk en daarvoor geld over heeft, wendt zich tot de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Het laatste moet vooral gezien worden als preventie. Het gering aantal procedures maakt wel aannemelijk dat de preventieve werking van een mogelijk rechterlijk ingrijpen veel van haar aanvankelijk belang heeft verloren, een ontwikkeling die uit een oogpunt van rechtszekerheid van uitleg van multi-interpretabele normen, van adequate hantering van algemene beginselen en van bescherming van derden-belangen mijns inziens is te betreuren.

De rust aan het front van de jaarrekeningprocedures

16. Vooral die laatste zin heeft nog steeds niets van zijn actualiteit verloren en dat het op het terrein van het jaarrekeningenrecht stiller is dan ooit is dan ook niet zonder bedenkingen. De vraag is waar die stilte vandaan komt. Ik zei het al, de Ondernemingskamer dankt haar ontstaan aan de Wet op de jaarrekening van ondernemingen uit 1970²². In het begin heeft de Ondernemingskamer aan de verwachting beantwoord. Er werd met regelmaat geprocedeerd en in de literatuur werd aan haar uitspraken ruim aandacht besteed. Het Koninklijk NIVRA deed zelfs een omvangrijke losbladige uitgave het licht zien die geheel was gewijd aan de rechtspraak van de Ondernemingskamer inzake jaarrekeningen. Het Openbaar Ministerie in de persoon van de procureur-generaal in het ressort Amsterdam²³ had de taak om het algemeen belang te behartigen door ten behoeve van het grote publiek ten strijde te trekken tegen mogelijke onjuiste verslaggeving. Ik herinner mij nog dat een net aangetreden procureur-generaal in de juridische vakpers liet weten dat hij die taak serieus zou gaan nemen.

17. De wetgever en alle andere belanghebbenden hebben het in de loop der tijd niet meer voldoen aan de genoemde verwachting gelaten aangezien, totdat het modewoord "*boekhoudschandalen*" in zwang raakte. Toen werd het publieke belang van een betrouwbare jaarrekening onderkend, toen werd de inertie van het Openbaar Ministerieesignaleerd en toen werd de stroperigheid van de jaarrekeningprocedure onderkend. En dat alles leidde tot intensieve debatten hoe weer een goed functionerend jaarrekeningenrecht vorm moest worden gegeven. Het woord handhaving raakte in zwang. En het handhavingssysteem zou op de schop moeten. De toenmalige AFM-voorzitter, Arthur Docters van Leeuwen, heeft zich er zeer voor ingespannen dat de AFM daarbij een rol zou spelen. Zijn voornaamste en op zichzelf juiste argument was dat met een goede verslaggeving een algemeen belang was gediend, dat dit tot uitdrukking kwam doordat voor de procureur-generaal - die inmiddels was

²¹ H. Beckman, 'Substance over form', verslaggevingsnut of ongemak?, NJ-Polak-lezing 1996, JMA Kroniek 1996, p. 1-18, met name p. 11, Samson.

²² Noot 6 supra.

geconverteerd in advocaat-generaal - bij het dienen van dat belang een taak was weggelegd en dat diezelfde procureur-generaal zijn taak verwaarloosde. Maar het belangrijkste punt van discussie betrof het dogmatische vraagstuk rond de jaarrekening: moest het een stelsel van vennootschapsrechtelijke aard blijven met een privaatrechtelijk vormgegeven sanctioneringsmodel en de daarbij behorende rechtsbescherming, of moest het stelsel op Amerikaanse leest worden geschoeid en een stelsel worden van *disclosure* verplichtingen, met daaraan gekoppeld een bestuursrechtelijk handhavingsmechanisme en het daarbij behorende bestuursrechtelijke sanctiemodel. Docters Van Leeuwen prefereerde dat laatste model en kreeg daarbij aanvankelijk de ambtenaren van het Ministerie van Financiën, dat met de wetgeving op dit stuk in de eerste plaats was belast, aan zijn zijde. In het eerste consultatiedocument werd de AFM de autoriteit die het toezicht zou gaan houden volgens het bestuursrechtelijke model met als rechtsbescherming de mogelijke gang naar de (Rotterdamse en Haagse) bestuursrechters *after the event*. Het Ministerie van Justitie, zoals dat toen terecht nog heette, stak daar echter een stokje voor en handhaafde het dogmatische uitgangspunt, waar ik mijn voordracht mee begon. En zo is het dan ook uiteindelijk opgeschreven in de op 31 december 2006 in werking getreden Wet op het financiële toezicht.

18. In de Concept Memorie van Toelichting bij het conceptontwerp van die wet werd dat door de ministers van Financiën **en** Justitie als volgt uitgedrukt:

Een belangrijke reden om af te zien van bestuurlijke handhaving van de verslaggevingsvoorschriften door middel van de door de AFM te (?; J.H.M.W) aan de effecten uitgevende instelling te geven aanwijzingen of op te leggen boetes en dwangsommen, vloeit voort uit het feit dat de verslaggevingsvoorschriften civielrechtelijke voorschriften zijn, waarvan de naleving door belanghebbenden kan worden afgedwongen in een civielrechtelijke procedure bij de OK. (...) Wanneer de jaarrekening naar haar inhoud niet voldoet aan de inhoud van de wet is uitsluitend de OK bevoegd tot vernietiging en het geven van een bevel tot herinrichting van de jaarrekening. (...) Het past niet bij de privaatrechtelijke systematiek van het jaarrekeningrecht dat een bestuursrechter (lees: de bestuursrechter in de Rechtbank te Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven; JHMW) bevoegd zou kunnen zijn om een aanwijzing van een bestuursorgaan (lees: de AFM; JHMW) aan een uitgevende instelling tot herziening van de jaarrekening te bevestigen, met alle (rechts)gevolgen van dien.

19. Met andere woorden, op het terrein van de vaststelling van de inhoud en betekenis van de regels inzake financiële verslaggeving - zowel wat betreft de bepalingen van titel 9 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, als wat betreft de *International Financial Reporting Standards* - heeft het civiele recht en daarmee de civiele rechter, en wel de Ondernemingskamer en in cassatie de Hoge Raad, en wat IFRS betreft ook nog het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap, het laatste woord.

²³ Sinds de herziening van de rechterlijke organisatie met ingang van 1 januari 2012 is dat overigens de advocaat-generaal te Amsterdam geworden.

20. Voor dat standpunt kan ik, voor zover nog nodig, rekenen op steun uit onverdachte hoek. De hooggeleerde tweede inleider van het eerder genoemde symposium, Steven Hijink, was toen nog een jonge ambtenaar. In een artikel in het WPNR van begin 2007 van de hand van Hijink en Kuijpers, beiden toen werkzaam bij de Directie Financiële Markten van het Ministerie van Financiën, is immers eenzelfde opvatting aan te treffen²⁴. Ook zij merken op dat uit de keuze van de wetgever voortvloeit dat het aan de Ondernemingskamer voorbehouden blijft om uitspraken te doen over de wijze waarop in individuele gevallen de verslaggevingsvoorschriften zijn toegepast en op grond daarvan komen zij, onder verwijzing naar een artikel van Tom van Wijngaarden en Peter van der Zanden, tot onder meer de opvatting dat de AFM in de systematiek van de Wet toezicht financiële verslaggeving niet de bevoegdheid heeft om, voorafgaand aan de openbaarmaking van de financiële verslaggeving, aan een beursvennootschap *clearance* te geven over de toepassing van verslaggevingsvoorschriften. En die keuze houdt ook in, zo voeg ik eraan toe, dat de omstandigheid dat de AFM niet opkomt tegen een gepubliceerde jaarrekening, de slotsom dat zij dus aan de wettelijke voorschriften voldoet niet kan dragen.

21. De vraag laat zich ten slotte stellen wat van het nieuwe stelsel terecht is gekomen. Het antwoord is: bitter weinig. En wie zich afvraagt hoe dat komt, constateert dat hij zich in een dichte mist bevindt.

22. Een gedachte zou kunnen zijn dat de regels en voorschriften op het gebied van jaarrekeningen zo helder zijn dat discussie over hun inhoud niet mogelijk is. Wie wel eens in het Burgerlijk Wetboek heeft gekeken of ooit de International Financial Reporting Standards in handen heeft gehad, weet dat in ieder geval dat niet het antwoord is. Zou het dan niet de Ondernemingskamer maar de Raad voor de Jaarverslaggeving zijn die op alle vragen een adequaat antwoord weet? Die Raad laat immers ieder jaar een kloek boek verschijnen waarin zo ongeveer alle zich voordoende situaties van een antwoord worden voorzien. Ook dat lijkt niet aannemelijk, noch maar daargelaten dat wie het met het antwoord niet eens is, in beginsel dat naast zich neer kan leggen²⁵. Of moet worden aangenomen dat alle ondernemingen wat het presenteren van hun prestaties in de jaarrekening betreft zich gedragen als het braafste jongetje van de klas? Dat die ideale toestand is bereikt lijkt niet in overeenstemming met het axiomatisch menselijk tekort te zijn. In ieder geval heeft de AFM naar aanleiding van de voor de invoering van de Wet op het financiële toezicht uitgevoerde, door haar "*droogzwem oefening*" genoemde exercitie, nog niet zo lang geleden openbaar gemaakt - overigens zonder daarover verifieerbare gegevens te verschaffen - dat in ruim 30% van de onderzochte jaarrekeningen van beursgenoteerde vennootschappen gebleken was van ernstige tekortkomingen. En wat die AFM betreft,

²⁴ J.B.S. Hijink en W.B. Kuijpers, De herziene jaarrekeningprocedure in de Wet toezicht financiële verslaggeving, WPNR 6696, 3 februari 2007, pagina's 109 - 116.

²⁵ De Richtlijnen zijn immers - hoezeer relevant, slechts - belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kenbron voor wat met het oog op het in gevolge art. 2:362 BW vereiste inzicht dat een jaarrekening moet verschaffen in een concreet geval als aanvaardbaar heeft te gelden: Hoge Raad 10 februari 2006, ARO 2006, 41, JOR 2006, 94, nt. P.M. van der Zanden, NJ 2006, 241, nt. J.M.M. Maeijer (Koninklijke KPN N.V.).

na haar eerdere uitlatingen en na haar eerste gebruikmaking van haar processuele bevoegdheden wordt van haar niet meer gehoord. Zal zij de gang gaan van de procureur-generaal die zich had voorgenomen met regelmaat belangwekkende vragen van jaarrekeningrecht aan de rechter voor te leggen, maar die na de uitkomst in de eerste door hem aangekaarte aangelegenheid betreffende de afwaardering van de zeeschepen van Nedlloyd²⁶, het bij die ene keer heeft gelaten? Ter voorkoming van misverstand, hij is niet dezelfde procureur-generaal als die ik eerder noemde. Of is het antwoord op de eerder gestelde vraag simpelweg dat in deze tijd van bezinning en crisis, die misschien ook leidt tot meer voorzichtigheid wat betreft het mooier voorstellen van de zaken dan zij zijn, de ondernemende wereld wel wat anders aan zijn hoofd heeft dan ingewikkelde discussies voeren over complexe verslaggevingsvraagstukken?

23. Of is het antwoord op de eerder gestelde vraag simpelweg dat in deze tijd van bezinning en voortdurende crisis, die misschien ook leidt tot meer voorzichtigheid wat betreft het mooier voorstellen van de zaken dan zij zijn, de ondernemende wereld wel wat anders aan zijn hoofd heeft dan ingewikkelde discussies voeren over complexe verslaggevingsvraagstukken?

Uitleiding

24. Ik kom nog even terug op de rol van de AFM, die intussen al zeven jaar in rechte niet meer van zich heeft laten horen. Zoals gezegd heeft de AFM onder het nieuwe wettelijke regime één zaak aangebracht, de jaarrekening van Spyker Cars. Na de - tot in cassatie voor de AFM ongunstige - afloop van deze zaak, liet de AFM in de pers weten dat uit die zaak bleek dat zij over te weinig handhavingsbevoegdheden beschikte. Mij dunkt dat een onjuiste voorstelling van zaken te zijn geweest, nu het in die zaak slechts ging over een verschil van inzicht tussen de AFM en Spyker Cars over de uitleg en toepassing van de in die zaak relevante jaarrekeningvoorschriften. Later is ook niet meer van de AFM vernomen over een bevoegdheidstekort en, zoals gezegd, een verzoek aan de Ondernemingskamer een vennootschap te verplichten een toelichting op de verslaggeving te geven omdat de vennootschap niet voldeed aan een daartoe strekkend verzoek van de AFM, heeft de AFM sinds haar aantreden op dit terrein nog nimmer gedaan. Dat duidt niet op een gebrek aan bevoegdheden.

25. Niettemin blijft de AFM in haar communicatiebeleid scheutig met het rondstrooien van beweerde misstanden als het om jaarrekeningen gaat. Zo liet zij in NRC Handelsblad van 22 maart 2013 weten dat er veel mis is bij de controle van jaarrekeningen door accountants. Bij vijf van de zeven door haar onderzochte jaarrekeningen van beursgenoteerde vennootschappen zou sprake zijn van ernstige fouten. Als dat juist is, is niet zonder meer begrijpelijk dat zij niet één jaarrekeningprocedure aanhangig heeft gemaakt. Opvallend in dit verband is overigens dat de AFM in het najaar van 2014

²⁶ Ondernemingskamer 30 maart 1989, NJ 1990, 176, Hoge Raad 5 september 1990, NJ 1991, 62, nt. J.M.M. Maeijer (Koninklijke Nedlloyd Groep N.V.).

publiekelijk de zogenaamde Big Four aan de schandpaal heeft genageld: "*Het onderzoek toont aan (...) dat de big four zwaar onder de maat presteren*", zo heet het²⁷. Wat opvalt is dat in een klein tussenzinnetje - anders dus dan in 2013 - staat te lezen dat dit niet heeft geleid tot onjuiste jaarrekeningen. Mij komt dat alles weinig aannemelijk voor. Is dan niet de spiegelbeeldige redenering dat als de AFM geen aanleiding ziet tot het voeren van jaarrekeningprocedures, de jaarrekeningen van de grote vennootschappen en de controle daarop op orde zijn?

26. Gezien al het voorgaande waag ik mij aan de voorzichtige suggestie dat de AFM nog steeds enige moeite heeft zich erbij neer te leggen dat zij destijds niet, zoals de SEC, is aangewezen als regelgever, maar dat zij zich op indirecte wijze die rol toch aanmeet, wellicht vanuit de gedachte dat een vennootschap dat *nolens volens* toch wel accepteert en zich om publicitaire redenen bij het standpunt van de AFM zal neerleggen, ook als zij dat niet deelt, dan wel, dat als een vennootschap zich niet bij dat standpunt neerlegt, zij een openbare procedure, met een mogelijke kans op ongelijk, beter niet kan voeren. Als die suggestie grond heeft, zou de slotsom moeten zijn dat de wijze waarop de AFM haar toezichts- en handhavingsrol vervult, op gespannen voet staat met de democratisch gemaakte keuze over de spelregels. Aldus komt immers noch de wettelijk vastgestelde rol van de bevoegde rechter tot zijn recht, en wordt noch een publiek debat gevoerd over en is noch sprake van controle op (de taakuitoefening door) de AFM in het kader van het jaarrekeningenecht.

27. Hoe dat ook zij, uit een oogpunt van rechtsvorming en rechtsbescherming is sprake van een onwenselijke situatie. Ik roep het citaat van Hans Beckman nog eens in herinnering. Ik zie niet zo goed wat eraan te doen valt, of anders gezegd, hoe kan worden bereikt dat de mist optrekt. Misschien wordt het wel weer tijd dat er een nieuwe Stichting Sobi opstaat. Zij deed precies wat de AFM claimde te willen gaan doen toen het falen van het Openbaar Ministerie op het terrein van het jaarrekeningenrecht aan het licht kwam: uit een oogpunt van algemeen belang belangrijke vraagstukken van jaarrekeningenrecht ter discussie stellen ten overstaan van het gremium dat ervoor in het leven is geroepen en waar die discussie kan plaatsvinden in alle openheid en met inachtneming van de beginselen van *fair trial*, en met de mogelijkheid van publiek debat over wat daar tot stand komt. Die nieuwe stichting zou dan deze keer de functie van de AFM kunnen overnemen.

28. Maar misschien is een elegantere weg dat de Vereniging voor Jaarrekeningenrecht de handschoen oppakt. Ik heb al eens eerder gezegd dat het erop lijkt dat de Nederlandse advocatuur, die immers als "*aanbrenger*" van jaarrekeningprocedures dient te fungeren omdat in een jaarrekeningprocedure rechtsbijstand is voorgeschreven, het jaarrekeningrecht nog steeds links laat liggen, hetzij uit onbekwaamheid op dat terrein hetzij vanwege de - zoals hiervoor uiteengezet: onjuiste - opvatting dat jaarrekeningrecht niets iets voor juristen is, maar voor accountants. In dat opzicht is er voor de Vereniging voor Jaarrekeningenrecht dus een nog steeds een schone taak weggelegd: een bijdrage leveren aan de rechtsvorming op het terrein van het jaarrekeningenrecht. Dan zou een

²⁷ NRC Handelsblad 25 september 2014, voorpagina.

volgend congres als thema kunnen hebben hoe de wereld van het jaarrekeningenrecht er onder de zon uitziet.